


## QUESTIONS À L'AUTEUR

 <b>ELSEVIER MASSON</b>	<b>Revue : MEDDRO</b>  <b>Numéro d'article : 463</b>	<b>Merci de retourner vos réponses par e-mail ou par fax à :</b>  <b>E-mail : <a href="mailto:corrections.esme@elsevier.thomsondigital.com">corrections.esme@elsevier.thomsondigital.com</a></b>  <b>Fax : +33 (0) 1 71 16 51 88</b>
---	--	--

Cher auteur,

Vous trouverez ci-dessous les éventuelles questions et/ou remarques qui se sont présentées pendant la préparation de votre article. Elles sont également signalées dans l'épreuve par une lettre « Q » suivie d'un numéro. Merci de vérifier soigneusement vos épreuves et de nous retourner vos corrections soit en annotant le PDF ci-joint, soit en les listant séparément.

Pour toute correction ou modification dans les figures, merci de consulter la page <http://www.elsevier.com/artworkinstructions>.

**Articles de numéros spéciaux :** merci d'ajouter (dans la liste et dans le corps du texte) la mention « dans ce numéro » pour toute référence à d'autres articles publiés dans ce numéro spécial.

<b>Références non appelées :</b> Références présentes dans la liste des références mais pas dans le corps de l'article – merci d'appeler chaque référence dans le texte ou de les supprimer de la liste.	
<b>Références manquantes :</b> Les références ci-dessous se trouvaient dans le texte mais ne sont pas présentes dans la liste des références. Merci de compléter la liste ou de les supprimer du texte.	
Emplacement dans l'article	Question / Remarque Merci d'insérer votre réponse ou votre correction à la ligne correspondante dans l'épreuve
<a href="#">Q1</a>	Merci de vérifier que le prénom et le nom ont été correctement identifiés.

### Utilisation des fichiers électroniques

Si nous n'avons pas pu exploiter le fichier de votre article et/ou de vos figures, nous avons utilisé la méthode suivante :

☐

Scan de (ou de parties de) votre article

☐

Ressaisie de (ou de parties de) votre article

☐

Scan des figures

Merci de votre collaboration.



Disponible en ligne sur

**ScienceDirect**  
[www.sciencedirect.com](http://www.sciencedirect.com)

Elsevier Masson France

**EM|consulte**  
[www.em-consulte.com](http://www.em-consulte.com)

Médecine & Droit xxx (2014) xxx-xxx



Droit civil

# La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui : une autre voie possible pour la Cour de cassation<sup>☆</sup>

*Filiation from the surrogacy prohibited agreement*

Sophie Paricard (Maître de conférences en droit privé (HDR))<sup>a,b,\*</sup>

<sup>a</sup> Université Toulouse 1, Capitole, 31000 Toulouse, France

<sup>b</sup> Institut de droit privé (EA 1920), CUFR J.-F., Champollion, 81000 Albi, France

## Résumé

Alors que la Cour de cassation vient de réaffirmer par deux arrêts du 13 septembre 2013 sa jurisprudence très stricte à l'égard des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger leur interdisant de disposer d'un état civil français, il paraît important de rappeler qu'une autre voie existe, suggérée dès le début de ce contentieux qui aurait le mérite de satisfaire l'intérêt de l'enfant : désolidariser la demande relative à la filiation de la convention de gestation pour autrui prohibée.

© 2014 Elsevier Masson SAS. Tous droits réservés.

**Mots clés :** Gestation pour autrui ; Filiation ; État civil

## Abstract

While the Supreme Court recently reaffirmed by two judgments of 13 September 2013 its very strict jurisprudence with regard to children born of surrogacy abroad, forbidding them to have transcription of birth certificate in the Civil Public Registry, it seems important to remember that an alternative route exists, suggested from the beginning of this dispute that would have the merit of satisfying the interests of the child: separate the request for filiation from the surrogacy prohibited agreement.

© 2014 Elsevier Masson SAS. All rights reserved.

**Keywords:** Surrogacy; Filiation (interest of the child)

La Cour de cassation vient par deux arrêts du 13 septembre 2013 de verrouiller l'accès à l'état civil français de la filiation établie à l'étranger d'un enfant né d'une gestation pour autrui<sup>1</sup>.

Ce verrouillage est désormais total puisqu'il s'adresse à tout lien de filiation, fût-il conforme aux principes guidant son établissement, notamment la vérité biologique, et ce quel que soit le moyen employé pour le faire établir (reconnaissance, transcription à l'état civil d'un acte étranger, possession d'état, adoption, exequatur d'un jugement étranger). L'enfant reste donc titulaire d'un seul état civil étranger.

Cet état civil étranger établit toujours un lien de filiation avec le père biologique de l'enfant mais reste plus aléatoire quant au second lien de filiation, selon la configuration du couple, couple de même sexe ou couple de sexe différent, et le pays où a été exécutée la convention de mère porteuse. Par exemple, lorsque la convention a été exécutée aux États-Unis, il est généralement

<sup>☆</sup> Article rédigé à la suite du Workshop « L'assistance médicale à la procréation : enjeux actuels en Europe », organisé le 2 juillet 2013 à Toulouse, avec le soutien de la Commission Européenne, dans le cadre du projet « Right on the Move » ([www.rightonthemove.eu](http://www.rightonthemove.eu)).

\* Auteur correspondant. 3, rue des Amandiers, 31240 L'Union, France.

Adresse e-mail : [sparicard@yahoo.fr](mailto:sparicard@yahoo.fr)

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013 (2 arrêts), D. 2013, 2349, note H. Fulchiron, *Dr fam.* 2013, comm.151, C.Neirinck.

établi un lien de filiation avec l'autre parent d'intention, quel que soit son sexe, alors qu'en Inde, où la double filiation semblable n'est pas reconnue, la filiation à l'égard de l'autre père d'intention n'est pas établie.

Après plusieurs arrêts dans le même sens<sup>2</sup> et concernant tour à tour des cas de figure différents, la Cour de cassation réaffirme cette solution, dont on ne peut désormais douter de la solidité. C'est manifestement un signal envoyé à tous les couples désireux de mettre en place un tel processus afin de les décourager d'y recourir. Pourtant la Cour de cassation pourrait opter pour une autre solution et permettre à ces enfants de bénéficier d'un état civil français, comme cela lui avait été suggéré par le rapporteur Chartier dès le premier arrêt sur cette question là en 1991<sup>3</sup>. Cette voie n'est pas à négliger dans la mesure où certains s'interrogent sur la conformité de cette jurisprudence à l'intérêt supérieur de l'enfant, notion cardinale, et où la Cour européenne des droits de l'homme, saisie de l'affaire Mennesson, objet de l'un des arrêts du 6 avril 2011<sup>4</sup>, et pourrait bien inciter la France à évoluer sur cette question.

## 1. La solution choisie : l'indivisibilité de l'établissement de la filiation et de la convention prohibée

La Cour de cassation s'est fondée sur la fraude à la loi pour casser l'arrêt acceptant la transcription de l'acte de naissance au double visa des articles 16-7 et 16-9<sup>5</sup> et rejeter le pourvoi contre l'annulation de la reconnaissance du père biologique opérée en vertu de l'article 336 du Code civil<sup>6</sup>.

Le fondement de la fraude à la loi repose évidemment sur l'indivisibilité de la demande relative à l'état civil à la convention à l'origine de la naissance de l'enfant, comme le démontrent le double visa, les juges inscrivant cette demande relative à la filiation dans un « processus d'ensemble » selon son expression consacrée. Une telle indivisibilité a également justifié l'action en nullité du ministère public à l'égard de la transcription de l'acte d'état civil étranger, sur le fondement significativement croisé de l'article 423 du Code de procédure civile et de l'article 16-7 du Code civil<sup>7</sup>.

Le recours à la fraude est certes exact, dans la mesure où les parents d'intention ont voulu échapper à une interdiction posée par la loi française et en ce sens la contourner. Son efficacité est redoutable, la fraude agissant alors comme une traînée de

poudre corrompant tous les moyens permettant d'établir un lien de filiation en France même conforme à la vérité biologique, comme la reconnaissance de l'enfant par son père biologique. Elle pourrait même être plus destructrice en atteignant d'autres éléments de la vie des enfants (l'inscription à l'assurance maladie, à l'école). Mais les juges ne l'ont pour l'instant pas étendue au-delà du lien de filiation.

Cependant le concept de fraude est suffisamment fuyant, surtout dans ce contentieux où les parents n'ont pas satisfait le critère traditionnel du détournement du critère de rattachement à une loi, pour admettre que ce sont les juges qui sont les maîtres du jeu tant dans sa reconnaissance que dans son étendue.

La Cour de cassation a ainsi substitué ce fondement à d'autres comme le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, qui fut pourtant très souvent utilisé dans ce contentieux. Ce principe a même été qualifié de principe essentiel du droit français, intégrant dès lors l'ordre public international et permettant par là même de faire échec à la transcription d'un acte de naissance qui lui serait contraire<sup>8</sup>.

L'abandon de ce principe s'explique probablement par le fait que, ce principe, peu utilisé par ailleurs, est sérieusement discuté dans son existence tant les exceptions à son égard se multiplient<sup>9</sup>. Et l'évolution actuelle du droit civil eu égard aux éléments de l'état des personnes comme le nom ou le sexe se profile immanquablement dans le sens d'une disponibilité grandissante. Son caractère essentiel à l'ordre public français mériterait donc largement d'être relativisé. De plus, il a été démontré que son application à la gestation pour autrui est discutable<sup>10</sup>. D'une part, l'abandon de l'enfant n'est pas un abandon au sens juridique du terme et n'est que partiel puisque l'état de l'enfant comporte toujours un lien de filiation avec son père biologique. D'autre part, le détournement de l'adoption, souvent invoqué, en ce que l'adoption aurait pour finalité de donner une famille à un enfant qui n'en a pas repose sur une vision relativement erronée au regard de la réalité de l'adoption tant interne qu'internationale. Avant les pupilles de l'État, avant les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350, peuvent faire l'objet d'une adoption plénière en vertu de l'article 347 les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption. Et l'adoption internationale, c'est également l'adoption d'enfants ayant une famille, mais malheureusement trop pauvre pour l'élever.

En substituant la notion de fraude au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, la Cour de cassation

<sup>2</sup> La liste de ces arrêts ne peut être faite. Voir les notes plus fournies précitées.

<sup>3</sup> Cass., Ass. plén. 31 mai 1991, Bull. civ. n° 4 ; D. 1991, 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130 et n° 10-19.053 ; JurisData n° 2011-005611 ; JurisData n° 2011-005607 ; JurisData n° 2011-005609 ; JCP G 2011, act. 441, Aperçu rapide F. Vialla et M. Reynier.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, 1<sup>re</sup> esp. : « mais attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, 2<sup>ème</sup> esp.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2008, D. 2009, note V. Egéa.

<sup>8</sup> « Mais attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

<sup>9</sup> Nous renvoyons à l'excellent raisonnement de Michelle Gobert, art. précité, n° 31 et s.

<sup>10</sup> Michelle Gobert, art. précité, spéc. n° 32 à laquelle nous empruntons le raisonnement qui suit, en espérant l'avoir bien compris

utilise un concept certes efficace mais qui repose uniquement sur le comportement blâmable des parents de l'enfant. La filiation de l'enfant dépend alors directement de l'attitude de ses parents, non sanctionnée par ailleurs. On peut ainsi affirmer que tout le mécanisme de défense de la prohibition de la gestation pour autrui repose aujourd'hui sur la tête des enfants nés d'une telle gestation. Il n'est pas du tout certain que la Cour européenne soit en accord avec la position française lorsqu'elle se prononcera à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant), de la protection de sa vie privée et familiale (art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) et de la prohibition de la discrimination (art. 14 de la même convention), tant la situation de ces enfants peut être désolidarisée du choix politique à l'égard de la convention de mère porteuse relevant certainement quant à lui de la marge nationale d'appréciation des États. L'alternative qui s'offre à la Cour de cassation est de désolidariser la situation de l'enfant du comportement de ses parents, en isolant le sort du lien de filiation de la convention à l'origine de la naissance.

## 2. La solution alternative : l'isolement du lien filiation de l'enfant de la convention prohibée

Si la nullité de la convention de la procréation ou de la gestation pour autrui est clairement affirmée à l'article 16-7 du Code de civil, texte d'ordre public, la filiation de l'enfant issu d'une telle convention n'est pas évoquée. Aucun texte spécifique n'est donc directement applicable à un tel contentieux. Et, en guise d'explication à ce silence, on peut évoquer le contexte dans lequel il a été voté, à savoir que le contentieux d'alors se concentrait sur l'existence même de ces conventions en France. Et rien ne permettait de penser à l'époque que de telles gestations pourraient se faire aisément et en toute légalité à l'étranger. Ce contentieux dépend alors de l'interprétation des textes plus généraux fondant l'établissement d'une filiation et plus spécialement de la « curiosité des juges »<sup>11</sup>, selon qu'ils relient ou non l'application du texte à la convention prohibée.

Le réflexe de rattacher la question de la filiation de l'enfant à la validité convention est pris très tôt, dès le premier arrêt de la Cour de cassation sur cette question en 1991, alors que la prohibition des conventions de mère porteuse n'est pas encore affirmée. Y. Chartier, rapporteur, écrit qu'« on concevrait en effet difficilement que si la pratique des mères porteuses était admise, l'adoption plénière de l'enfant abandonné à sa naissance ne le fût pas »<sup>12</sup> et il paraît alors opportun de s'interroger en amont sur la licéité du contrat de mère porteuse avant de se prononcer sur la question de filiation, l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse du père en l'espèce.

La cour d'appel de Paris, dans une décision du 15 juin 1990 particulièrement libérale, objet du pourvoi, prononça ainsi l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse du père après avoir admis la licéité de la convention de mère porteuse. Frappé d'un

pourvoi dans l'intérêt de la loi, l'arrêt fut cassé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Celle-ci refusa la licéité de la convention, jugeant que « la convention par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance contrevient tant au principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » et considéra que « cette adoption prononcée par la Cour d'appel n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère et portant atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

Ce rattachement de la question de la filiation à celle de la validité de la convention est compréhensible à cette époque dans la mesure où l'établissement d'une filiation à l'égard des parents d'intention peut apparaître comme la consécration jurisprudentielle de la licéité du contrat de mère porteuse. Cette solution n'est pourtant déjà pas la seule.

Le rapporteur Y. Chartier expose que la Cour de cassation dispose d'un choix intermédiaire entre consacrer la licéité de ces conventions et accepter l'adoption ou « considérer qu'admettre l'adoption c'est répondre de façon positive à la question : mères porteuses, oui ou non ? ». Cette troisième voie est d'« envisager le seul problème de l'adoption, l'isoler du contrat ou en tout cas du processus d'ensemble qui en est le support et considérer qu'en présence d'un enfant abandonné par sa mère, l'intérêt est en effet de permettre son adoption par la femme de son père afin qu'il apparaisse autant que faire se peut comme l'enfant du couple ».

Cette voie a été empruntée par quelques juges du fond. Avant la prohibition des conventions de mère porteuse, le TGI de Versailles<sup>13</sup>, la Cour d'appel de Pau<sup>14</sup> ont par exemple prononcé l'adoption plénière de l'enfant à l'égard de l'épouse du père de l'enfant née d'une gestation pour autrui en se contentant de vérifier les conditions d'application des textes en cause sans se prononcer sur la licéité de la convention. La Cour d'appel de Rennes, dans une décision plus récente du 21 février 2012, objet de l'un des pourvois ayant donné lieu aux arrêts de septembre 2013, a accepté la transcription d'actes de naissance indiens alors même que la convention de gestation pour autrui était caractérisée<sup>15</sup>. Elle s'est également contentée de constater la régularité formelle de l'acte de naissance et la réalité de ses énonciations sur le fondement de l'article 47 du Code civil selon lequel « tout acte de l'état civil (.) fait en pays étranger fait foi »<sup>16</sup>.

Le contexte est juridiquement favorable à une telle solution dans la mesure où l'interdiction des conventions de gestation ou

<sup>13</sup> TGI Versailles, 9 juill. 1986, *Rev. dr. enf. fam.* 1986.26, obs. J. Rubellin-Dévi.

<sup>14</sup> CA Pau, 11 juillet 1991, D. 1991, note V. Larribau-Ternyre.

<sup>15</sup> CA Rennes, 21 février 2012, *Dr fam.* 2012, comm. 67, C. Neirincq, JCP 2012, 353, A. Marais.

<sup>16</sup> « La Cour d'appel n'est pas saisie de la validité d'un contrat de gestation pour autrui, mais de la transcription d'un acte de l'état civil dont ne sont contestées ni la régularité formelle, ni la conformité à la réalité de ses énonciations. Dès lors que cet acte satisfait aux exigences de l'article 47 du Code civil, il n'y a pas lieu d'opposer ou de hiérarchiser des notions d'ordre public tel l'intérêt supérieur de l'enfant ou l'indisponibilité du corps humain ».

<sup>11</sup> Michelle Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, RT 1992, n° 22.

<sup>12</sup> Y. Chartier, Rapport, D. 1991, 417.

de procréation pour autrui est incontestable depuis les lois bioéthiques de 1994. Cette troisième voie peut donc être empruntée de façon plus sereine, dégagée de toute pression sur son interprétation quant à la validité de la convention de mère porteuse.

Cet isolement de l'établissement de la filiation à l'égard de la convention à l'origine de la naissance de l'enfant a l'immense mérite de satisfaire l'intérêt de l'enfant, comme le relève Y. Chartier, et s'inscrit dans une évolution du droit désormais bien connue fondée sur le fait que l'enfant n'a pas en principe à souffrir de la faute commise par ses parents fût-elle à son origine et violerait-elle un texte d'ordre public.

C'est ainsi qu'alors même que l'adultère est une atteinte au devoir de fidélité institué par un texte d'ordre public, petit à petit toutes les discriminations à l'égard de l'enfant adultérin ont ainsi été abrogées, en réponse notamment à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait condamné la France sur le fondement de l'article 8 (protection de la vie privée et familiale) et 14 (prohibition de la discrimination) de la Convention européenne.<sup>17</sup> Quant à l'enfant né d'un mariage frauduleux, il était également une autre victime de la faute de l'un au moins de ses parents dans la mesure où l'annulation de leur mariage lui faisait notamment perdre son statut autrefois privilégié d'enfant légitime. Or, toutes les conséquences de cette annulation sont

supprimées à son endroit depuis la loi du 3 janvier 1972. Puisque l'institution du mariage putatif n'était pas suffisamment efficace en ce qu'elle suppose la bonne foi d'au moins un des époux, condition pas toujours remplie, notamment à l'égard des mariages frauduleux, cette loi a inséré dans le Code civil l'article 202 afin de garantir son application à « tous les enfants quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi ». Cette disposition uniquement fondée sur l'intérêt de l'enfant dissocie totalement la situation de l'enfant du comportement fautif de ses parents.

Un tel positionnement à l'égard des enfants nés d'une gestation pour autrui séparant le sort de la filiation des enfants de celle de la convention à l'origine de leur naissance a cependant été considéré comme susceptible d'encourager la pratique de la gestation pour autrui à l'étranger affaiblissant ainsi la portée de l'interdiction de la gestation pour autrui en France. C'est ainsi que la Cour de cassation a choisi une autre voie : celle de refuser l'établissement du lien de filiation en France d'un enfant né d'une gestation pour autrui en considérant celui-ci comme indivisible de la convention prohibée au mépris probablement de l'intérêt supérieur de l'enfant, soigneusement défendue par la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>17</sup> CEDH Arrêt *Mazurek*, CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, D., 2000. 332, note J. Thierry ; JCP, 2000, II, 10286, note A. Gouttenoire-Comut et F. Sudre.